Eine consequente Folge dieser Oeffentlichkeit ist dann auch die Verbindlichkeit des Gläubigers, welcher von seinem Schuldner wegen einer öffentlichen Hypotheken-Forderung befriedigt ist, eine öffentliche Quittung auszustellen.[44]) Mit Recht bemerkt daher eine Entscheidung des O.-A.-G. zu Celle, daß die Gerichte in Bezug auf solche öffentliche Bücher nicht als die Bewahrer fremder Privatgeheimnisse anzusehen sind.[45])

(Schluß folgt im nächsten Hefte.)

VII.

Zur Lehre von der Klagenconcurrenz und der Rechtskraft des Erkenntnisses.

Von Herrn Professor Dr. G. Hartmann
in Basel.

Während sehr häufig die Fälle erörtert worden sind, wo die exceptio rei judicatae über die Parteien hinaus gegen Dritte sich erstreckt: ist verhältnißmäßig vernachlässigt die andere Frage, inwiefern jene Einrede zu Gunsten Jemandes wirkt, der sie weder durch selbstgeführten Proceß oder durch einen defensor erworben hat, noch in einem Successionsverhältniß zur alten Proceßpartei steht. Der Hauptzweck des Folgenden ist, in dieser Richtung einen Beitrag zur Lehre von der Rechtskraft des Erkenntnisses zu liefern durch Betrachtung eines Falles, der von den Zeiten der Glosse an in fast ausnahmsloser Allgemeinheit offenbar mißverstanden zu sein scheint. Es schlägt aber dieses Mißverständniß in eine andere Lehre ein, die jetzt zwar im System sehr mit Recht von jener ersteren völlig getrennt zu werden pflegt, hier aber nothwendig in Verbindung mit ihr theilweise berührt werden muß.

---

44) Seuffert B. I. n. 330. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden n. 19. Erk. d. O.-A.-G. Celle v. 28. Juni 1853.

45) Seuffert B. VII. n. 186. Erk. v. 13. Juni 1850.

I.

Man pflegt in der Lehre von der Klagenconcurrenz unter der Bezeichnung der electiven Concurrenz im engeren oder eigentlichen Sinne eine Reihe von Fällen zusammenzufassen, in denen schon durch die Anstellung der einen Klage das Recht auf die andere verloren gehe.[1])

Es befinden sich unter diesen einige, welche durch neueres Kaiserrecht ganz positiv so geordnet sind und auf irgend welches zutreffende Princip sich gar nicht zurückführen lassen. Namentlich gilt dies von dem Satze (v. Savigny a. a. O. sub 4): daß der in einem Testament mit Codicillarclausel Instituirte durch die blose Wahl der Fideicommißklage unbedingt die Erbschaftsklage verlieren soll und umgekehrt. Die innere Haltlosigkeit dieses Satzes tritt am klarsten zu Tage gleich an der nächsten Analogie, mit der sein eigner Urheber (Theodos.) ihn zu begründen sucht: daß nämlich die Annahme eines Vermächtnisses aus einem pflichtwidrigen Testamente den Legatar von der querela inofficiosi testamenti ausschließt.[2])

Wenn ferner (Savigny sub 6) Justinian in l. 22 Cod. de furt. 6, 2 dem Commodanten, dessen Sache durch Schuld des Commodatars entwendet wurde, auch bei Zahlungsfähigkeit des letzteren die actio furti gibt, jedoch durch blose Anstellung der actio commodati die Klage gegen den Dieb ihm verloren gehen läßt und umgekehrt: so ist damit in die Belangung des Einen ein auch dem Andern gegenüber bindender Verzicht gelegt, — offenbar ganz willkürlich wider des Klägers Willen.[3])

---

1) S. nam. Wächter Württemberg. Privatrecht Bd. 2 §. 67 S. 475; Unger Oesterreich. Privatrecht Bd. 2 §. 117 sub 4 Anm. 22. — v. Savigny System Bd. 5 §. 235 S. 256 fg. schließt umgekehrt diese Fälle von der Bezeichnung als Klagenconcurrenz ganz aus, indem er dieselbe einengt auf die Fälle, wo erst die Erfüllung auch die andern Klagen tilgt.

2) L. 8 Cod. de codicill. 6, 36; l. 7 Cod. Theod. h. t. 4, 4. Vgl. nam. Francke in diesem Archiv Bd. 19 S. 210—13; Fein in Glück's Pand. Bd. 45 S. 279—88; Wächter a. a. O. S. 472 Anm. 32.

3) Vgl. Mommsen Erörterungen a. d. Obligationenrecht Heft I, S. 93 fg.

Diejenigen Fälle hingegen, die schon in den Schriften der Pandektenjuristen sich aufgestellt finden, werden sich, soweit sie eben wirklich als hierher gehörig anerkannt werden können, sämmtlich auf zwei Principien zurückführen lassen. Einmal war dies im classischen Rechte das Princip der processualischen Consumtion: so daß wegen Identität der res de qua agitur die zweite Klage entweder ipso jure oder durch exceptio rei judicatae vel rei in judicium deductae ausgeschlossen war. Sodann kann es sein, daß hypothetisch zwei Rechtsansprüche vorliegen, die aber in ihrem Grund einander so widersprechen, daß nach einfacher Logik, wenn der eine geltend gemacht wird, der andere zusammenfallen muß.

Nur auf der processualischen Consumtion beruht von den gewöhnlich hierher gezählten Fällen namentlich die elective Concurrenz der actiones adjectitiae; wovon einzelne Anwendungen in die Pandekten allerdings wohl nur deshalb gekommen sind, weil die Compilatoren einen selbständigen materiellen Grund dahinter zu erblicken glaubten.[4]) Ferner gehört sicher auch hierher, was gewöhnlich von der Wahl zwischen der actio redhibitoria und quanti minoris behauptet wird. Die l. 25 §. 1 de exc. rei jud. 44, 2 nennt ja ganz ausdrücklich als Organ für Ausschließung der zweiten Klage die exceptio rei judicatae. In Julians Sinn ist unzweifelhaft „vel rei in judicium deductae“ zu suppliren. Seitdem aber entgegen dem Consumtionsprincip, wenn der Kläger den anhängigen Proceß ruhen ließ, eine Entbindung des Verklagten von der Instanz möglich geworden ist: kann auch solchen Falls nichts den Kläger hindern, später etwa statt der redhibitoria actio die actio quanti minoris neu anzustellen. Es ist gewiß irrig, wenn v. Savigny (a. a. O. sub. 2) hier nach dem Gesetz vom Widerspruch mit einmal erfolgter Wahl die andere Klage schlechthin als beseitigt betrachtet.

Der rein logische Gegensatz tritt hingegen vollständig dann zu Tage, wenn Jemand ein Rechtsverhältniß, das er als ungültig behandeln oder anfechten könnte, während es ratihabirt

4) S. nam. Francke in diesem Archiv Bd. 23 S. 418—422. Dazu Krüger Consumtion S. 85 fg. S. 211.

rechtsbeständig sein würde, eben durch seine Klage zu realisiren sucht. So war es gerade in dem Fall (l. 1 Cod. de furt. 6, 2; Savigny sub. 3), wenn im Auftrage eines Sclaven mit Gelde des Herrn hinter dessen Rücken dritte Personen Sachen eingekauft hatten. Wenn hier einmal der Herr mit actio mandati klagend den Auftrag des Sclaven hinterher rechtlich zu dem seinigen machte: so ist ihm freilich die Möglichkeit abgeschnitten, den Thatbestand noch unter den Gesichtspunkt der actio furti zu stellen. Aehnlich ferner ist es bei einem unter lex commissoria abgeschlossenen Kauf, wenn der Verkäufer nach dem Verfalltag statt auf Rescission zu klagen noch das Kaufgeld einforderte (Savigny sub 1; l. 4 §. 2, l. 7 D. 18, 3 de leg. commiss., l. 38 D. 4, 4 de min.).

Etwas abweichend wieder ist ein Fall aus der Lehre von den Vermächtnissen (l. 76 §. 8 de leg. II.; Savigny sub 7) gestaltet. Papinian hat in der l. 76 §. 8 cit.[5]) offenbar eine Concurrenz von Vindications- und Damnations-Legat vor Augen (vgl. l. 84 §. 13 u. l. 85 de legat. I.); sei es daß wie so häufig die Formeln für beide wirklich gebraucht waren, sei es daß nur der Satz des SC. Neronianum in Frage kam. Der Form nach also sind oder gelten hier als vorhanden zwei Vermächtnisse, während der Sache nach nur Eines existent werden soll. Entscheidet sich daher der Honorirte für die Vindication, so ist durch den Erwerb des Eigenthums die Klage auf dare oportere logisch ausgeschlossen. Ebenso umgekehrt. Wollte aber der Honorirte theilweis vindiciren, theilweis condiciren: so wäre damit, da hierin immer eine theilweise Repudiation des Legates in der andern Form läge, gegen bekannte Rechtssätze (l. 4 §. 6 de legat. II.) verstoßen. Durch Papinians Grund „quia legatum — dividi non potest“ wird offenbar diese unsere Auffassung bestätigt. Zugleich aber geht daraus hervor: daß, wie schon Wächter (a. a. O. S. 465 Anm. 14) richtig angenommen hat, mit der im neuern Recht

5) Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest, quia legatum datum in partes dividi non potest. non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim quae fuerit electa legatum petere.

erfolgten Ausgleichung der Vermächtnisse Papinians Entscheidung unpraktisch geworden ist und auf das Verhältniß der in l. 2 Cod. 6, 43 comm. de legat. zugelassenen Klagen gar nicht paßt. Schon nach Pandektenrecht aber stand hier sicher dem nichts im Wege (anders als nach l. 8 Cod. 6, 36 cit.): daß, wenn eben nur die besonderen Voraussetzungen der Vindication sich als nicht vorhanden herausgestellt hatten, der Kläger hinterher immer noch zur persönlichen Klage greifen konnte. Darauf weisen ja auch Papinians Worte „simul" und „interim" hin.

II.

Es bleibt von den Fällen, die man hierher zu rechnen pflegt, nur Ein gemeinrechtlich noch praktischer [6]) Fall des Pandektenrechts noch übrig, der — wenn begründet — schlechterdings principwidrig sein würde und der deshalb genauer noch betrachtet werden muß.

Man lehrt nämlich gewöhnlich [7]): daß die actio de recepto gegen den Schiffer oder Wirth, welche bei Entwendung oder Beschädigung von Sachen im Schiff oder Wirthshaus den beeinträchtigten Befrachtern resp. Reisenden zusteht, mit den für sie möglichen Klagen gegen die dritten Thäter, namentlich mit der condictio furtiva so concurrire, daß schon durch die Anstellung der einen Klage dem Kläger die andere verloren gehe.

Es soll dies namentlich schon hervorgehen aus der l. 1 §. 3 D. 47, 5 furti adv. nautas: „Cum enim in caupona vel in navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo: ita ut in potestate sit ejus cui res surrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario jure an cum fure jure civili experiri." Zunächst aber spricht,

6) Ein anderer antiquirter Fall (bei Savigny sub 5) wird sich am einfachsten im Zusammenhange des Folgenden erledigen.

7) v. Savigny a. a. O. sub. 8.; Wächter a. a. O. S. 472 Anm. 32; Unger a. a. O. S. 393 Anm. 23. — Vgl. auch Goldschmidt „das receptum nautarum" etc. in seiner Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 3, besonders §. 3 S. 76 fg.

wie allein schon der Titel zeigt, die Stelle nicht von der actio de recepto als der prätorischen Vertragsklage, sondern von der Strafklage, die ganz abgesehen von einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Garantieversprechen[8]) aus dem Delict der Leute gegen den Principal sich richtet. Diese Strafklage ist ihrem Grundgedanken nach eine prätorische Erstreckung der civilen Delictsklage. Wenn daher hier das jure honorario und jure civili experiri einander gegenüber gestellt wird: so ist dabei ferner sicher an die entsprechende civile Klage gedacht, hier also an die actio furti, nicht an die condictio furtiva.

Vor Allem endlich bedeutet das „in potestate" etc. doch nichts Weiteres, als daß einerseits kein Verhältniß der Subsidiarität zwischen den beiden Klagen besteht und daß andererseits nicht beide völlig realisirt werden können. Ob schon die Anstellung oder erst die Befriedigung hier tilgend wirke, bleibt dem Wortlaut nach völlig in suspenso. Nun sind ja aber die zahlreichen Fragmente bekannt, in denen bei ganz gleichem oder ähnlichem Ausdruck doch sachlich die erstere Alternative absolut ausgeschlossen ist[9]). Nichts also führt uns darauf hin, gerade in unserer Stelle einen ganz singulären Rechtssatz vorausgesetzt zu finden.

Größere Schwierigkeit macht die andere Hauptstelle: l. 3 §. 5 D. 4, 9 nautae, caupones etc.: „Novissime videndum, an ejusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio judicis vel doli exceptione alterutra contentus esse debeat". Die Schwierigkeit beruht hier auf der präjudiciellen Frage, welchen Fall genauer Ulpian bei dem „furti agendum" im Auge gehabt hat.

Denkt man sich zunächst den nauta selbst als Dieb vorausgesetzt: so würde ja die gegen ihn begründete actio furti nach den bekanntesten allgemeinen Grundsätzen, wie sie Ulpian selbst öfters anwendet, neben der actio de recepto durchaus

8) Darüber nam. Goldschmidt a. a. O. §. 7 S. 97—104.

9) Vgl. z. B. nam. l. 24 D. 25, 2 de act. rer. amot. u. l. 34 pr. D. 44, 7 de O. et A.

zu realisiren sein. Der prätorische Charakter der letzteren Klage kann daran unmöglich etwas ändern. Oder wie wäre es denkbar, daß, wenn der Verletzte die civile Contractsklage (l. 3 §. 1. h. t.), die ja im gesetzten Fall auch vollkommen ausreichen würde, zur Anstellung brächte, ihm die actio furti erhalten bliebe; nicht hingegen, wenn er auf den Edictssatz sich stützte? Jedes Bedenken wäre freilich gehoben, wenn sich annehmen ließe, daß mit dem „furti agendum" nur die condictio furtiva gemeint sei; diese Annahme würde indeß dem Ulpian eine so schwer begreifliche Abweichung vom allgemeinen Sprachgebrauch zur Last legen, daß man nur in Ermangelung jeder anderen möglichen Auslegung dazu greifen dürfte.

Man könnte nun denken wollen an die actio furti gegen einen dritten Thäter. Diese Klage steht ja indeß bekanntermaßen hier, wo eine Haftung des Schiffers aus Garantieversprechen vorausgesetzt wird, regelmäßig dem Letzteren selbst, nicht dem Bestohlenen zu. Auf den Fall der Ausnahme aber, die bei feststehender Insolvenz des vertragsmäßig Haftenden hiervon eintritt, kann Ulpians Frage schwerlich bezogen werden. Dies ist vollends unwidersprechlich, wenn man mit uns vorläufig einmal einen Augenblick als erwiesen ansieht, daß in den Schlußworten unserer Stelle erst die Realisirung der einen Klage als Grund der Aufhebung auch der andern gemeint ist. Denn bei vorausgesetzter Realisirung der actio de recepto steht ja die actio furti gegen einen dritten Thäter dem Bestohlenen unter allen Umständen schon an sich gar nicht zu, kann also nicht erst durch doli exceptio, wie es doch am Schluß heißt, zurückzuweisen sein. Bezieht man aber den Schluß der Stelle auf Verlust durch blose Anstellung der einen Klage: so ist doch gegen die eben vorausgesetzte Gestaltung des Rechtsfalles noch zu erinnern: daß meist erst gerade durch die Anstellung der actio de recepto die Insolvenz des nauta, von der die Zuständigkeit der actio furti für den Bestohlenen abhängig ist, zu constatiren sein wird.

Wenn endlich Goldschmidt, um den Bestohlenen als Inhaber der actio furti zu erklären, annimmt, daß ein vorgängiger Verzicht desselben auf die actio de recepto voraus-

gesetzt werde[10]): so war allerdings darüber ein Zweifel sehr wohl möglich, ob durch solchen Verzicht der Bestohlene sich die actio furti verschaffen könne; unmöglich aber konnte, jene Möglichkeit einmal zugelassen, darüber ein Zweifel sein, daß durch jenen Verzicht die actio de recepto beseitigt sei. Und doch zweifelte Pomponius ja gerade nur darüber, ob in dem von ihm vorausgesetzten Falle die von vornherein begründeten Klagen beide realisirt werden könnten. Und erst Ulpian ist es, der diesen Zweifel bestimmt löset.

Hiernach bleibt wohl nur die Annahme übrig: daß Pomponius und Ulpian an den Fall denken, wo gleichmäßig die Voraussetzungen der prätorischen Quasidelicts- wie der prätorischen Vertrags-Klage vorliegen; daß eben das „honoraria actione" auch bei dem gleich folgenden furti zu suppliren ist. Was liegt auch näher als daß, nachdem unmittelbar vorher (§. 3) der Fall einer Entwendung durch einen eigenen Sclaven des nauta erörtert ist, nun auch der andere noch betrachtet wird, daß einer seiner frei gewählten Leute das furtum beging? Daß nun über die Behandlung dieses Falles ein Zweifel sich geltend machte, ist ebenso erklärlich, wie daß er eine andere Lösung finden mußte als der Fall, wo der nauta selbst die Sache entwendet hatte und deshalb direct civilrechtlich haftete. Auch kann es nicht befremden, daß nicht vom Fortbestehen der günstigeren Klage rücksichtlich des Ueberschusses die Rede ist[11]).

Will doch z. B. eben derselbe Ulpian nichts wissen von solchem Fortbestehen der actio de calumniatoribus über die mit ihr concurrirende condictio ob turpem causam hinaus[12]).

---

10) a. a. O. §. 3 S. 78. Die Einschiebung des „vorgängig" rechtfertigt sich durch die Bezugnahme auf Mommsen Erörterungen a. a. O. S. 91 fg.

11) Für selbstverständlich hält dies Fortbestehen Goldschmidt a. a. O. S. 77 sub. 1.

12) L. 5 §. 1 D. 3, 6 de calumn. „si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio (de calumn.) an vero in triplum danda sit? An exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem? Sed puto sufficere alterutram actionem."

Man übersieht eben bisweilen, daß die Römischen Juristen auch diese Lehre von der Klagenconcurrenz casuistisch behandelt haben, und daß ihnen nicht von vornherein für alle die so verschiedenartigen Fälle Eine absolute zwingende Regel als gegeben feststand. So ist zwar bei Concurrenz von actio legis Aquiliae mit einer Contractsklage auf Schadensersatz die Meinung durchgedrungen, daß jene für den Betrag der höhern Schätzung bestehen bleibe. Ein ähnliches Verhältniß ist, wenn auch aus anderer ratio, angenommen zwischen actio legis Aquiliae und actio arborum furtim caesarum, ferner zwischen der actio vi bonorum raptorum und den Klagen aus furtum. Wie kann es nun — wenn man nur bedenkt, daß hier der Rechtssatz erst frei zu finden war — so sehr befremden, wenn Ulpian den Fall, wo Jemand um einer chicanösen Klage zu entgehen freiwillig Sachen weggab, anders behandelt als den des Raubs? Und den eines prätorischen Quasidelicts anders als den Fall, wenn der nauta durch eignes damnum injuria datum neben der actio de recepto noch die actio legis Aquiliae auf sich gezogen hätte?

Daß aber wirklich, wie wir stillschweigend annahmen, in l. 5 §. 1 cit. das „condictum" nicht wie man auch hier gewöhnlich annimmt (v. Savigny a. a. O. sub 5) auf die blose Anstellung der Klage geht, sondern auf die Realisirung: wird — abgesehen davon, daß sonst eine unerklärliche Singularität vorläge — noch dadurch bewiesen, daß Ulpian ausdrücklich auch die Frage „an vero in triplum danda sit" aufwirft; eine Frage, die doch nur bei vorausgesetzter Realisirung der actio in simplum begreiflich ist.

Daß endlich in dieser Hinsicht auch bei unserer l. 3 §. 5 es ebenso sich verhält, findet schon aus ihrem eigenen Zusammenhange noch darin eine Unterstützung, daß als Organ für die Zurückweisung der actio furti die exceptio doli genannt wird. Wie konnte es wohl unter den Gesichtspunkt des dolus gestellt werden, wenn der, welcher z. B. durch Proceßverjährung die actio de recepto eingebüßt hatte, nun noch zu der an sich begründeten zweiten Klage griff? Nur dann, wenn der nauta, vom Vorwurf eines eigenen furtum frei, auf die Eine Klage

den Verletzten schon befriedigt hatte, ließ sich doch der Begriff des dolus dort als zutreffend ansehn.

Als letzte Stelle, auf die man sich hier zu berufen pflegt, ist genauer noch zu betrachten: l. 6 §. 4 D. nautae, caupones etc. (Paulus l. XXII ad. edict.): „Possumus autem furti vel damni injuriae actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus: sed una contenti esse debebimus, et si cum exercitore egerimus, praestare ei debemus actiones nostras, quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori. Sed si absolutus sit exercitor hac actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur, ne saepius de ejusdem hominis admisso quaeratur. Et contra si de admisso unius hominis actum sit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.“

Hier ist also bestimmt und klar der Fall zu Grunde gelegt, den wir schon in der l. 1 §. 3 furti adv. naut. erblicken mußten. Von einem Garantieversprechen wird ganz abgesehen[13]) und rein die Concurrenz der Delicts- und Quasidelicts-Klage ins Auge gefaßt. Schon in der Glosse ist sehr ausführlich die Frage nach dem Grunde der hierbei gegen Ende erwähnten exceptio erörtert worden. Die Antwort geht dahin: daß sie nur „propter electionem“ gegeben werde. Die Parallelstellen aber, die hierfür beigebracht werden, beziehen sich, soweit sie nur überhaupt einen irgend scheinbaren Anhaltspunkt gewähren, theils auf die exceptio rei judicatae in ihrer negativen Function[14]); theils gehen sie darauf, daß nach einmal wirklich erfolgter Leistung die Anstellung einer neuen auf dem gleichen Fundament ruhenden Klage ausgeschlossen sei[15]). Die angeblichen Nebenpunkte: daß sonst der absolvirte Dieb durch die Klage gegen den exercitor wegen des diesem zustehenden Regreßrechts indirect noch einmal belangt werde; ferner daß die ab-

13) Es ergibt sich dies schon daraus, daß die furti actio als dem Bestohlenen selbst zustehend vorausgesetzt wird.

14) So l. 13 pr. D. 14, 3 de inst. act.; l. 4 §. 3 D. 9, 4 de noxal. act.

15) So l. 32 §. 1 D. 21, 2 de evict.; l. 6 D. 47, 12 de sepulcr. viol.

solutio ähnlich der solutio wirke; endlich daß der dem Dieb gegenüber abgewiesene Kläger nun dem exercitor seine Klage, wozu er doch eventuell verpflichtet sei, nicht mehr cediren könne, — führen in Wahrheit auf einen andern Gesichtspunkt als den der Wahl hin, sind aber in ihrer Unzulänglichkeit beziehendlich Verkehrtheit längst durch Anton Faber[16]) zur Genüge widerlegt worden. A. Faber selbst entscheidet sich rein für den Gesichtspunkt der Wahl. Ebenso sämmtliche neuere Ausleger.

Es läßt sich nun aber leicht noch aus der Stelle besonders nachweisen, daß ihre Entscheidung sich auf keines der im Eingang von uns dargelegten Principien zurückführen läßt. Nicht auf das der processualischen Consumtion. Denn in stillschweigender Anerkennung der offenbar mangelnden Identität der res de qua agitur heißt es ja ausdrücklich: daß der Kläger nach dem Sieg gegen den exercitor (si egerimus) dem Verurtheilten seine andere entsprechende Klage gegen den wirklichen Thäter zu cediren habe — sinnlos, wenn sie längst consumirt wäre. Nicht ferner auf den Gedanken einer Unvereinbarkeit des Grundes der beiden Klagen und daher anzunehmenden Aufgebens der einen durch Anstellung der andern. Daß auch Paulus von solcher Annahme weit entfernt ist, folgt wieder aus der von ihm geforderten Cession, da auch eine auf diese Weise längst vereitelte Klage nicht mehr mit Nutzen sich wird cediren lassen.

Wenigstens Ein Interpret hat sich denn auch von einem richtigeren Gefühle leiten lassen. Baldus nämlich macht ad h. l. die einfache Bemerkung „ubi factum unius ad alium porrigitur, ibi etiam absolutoria sententia porrigitur". Das hinzugefügte „Quod tene bene mente" ist denn freilich, vielleicht schon weil eben jede Begründung gegenüber abweichenden Auffassungen unterlassen war, von Niemandem unseres Wissens beherzigt worden. Nur Ribbentrop wirft einmal ganz beiläufig (Correal-Obl. S. 253 Anm. 12) die im Verlauf nicht weiter befolgte Bemerkung auf: „daß unsere Stelle vom positiven Inhalt des Urtheils verstanden werden könnte".

16) In dessen **Rationalia in Pand. ad h. l.**

Nach unseren bisherigen Ausführungen wird sich nun wohl bei unbefangener Betrachtung der Stelle diese Auffassung als die einzig mögliche ergeben. Und wenn auf die Voraussetzung „**si absolutus sit exercitor**“ die Einrede gestützt und als **ratio** noch hinzugefügt wird „**ne saepius de ejusdem hominis admisso quaeratur**“: so konnte kaum deutlicher der Gedanke der Rechtskraft des Erkenntnisses als der entscheidende hingestellt werden.

III.

Wenn nun diese Beziehung unserer l. 6 §. 4 auf die Lehre von der Rechtskraft des Urtheils, wie nahe sie auch liegt, doch fast ganz allgemein hat verkannt werden können: so ist der Grund davon offenbar darin zu finden, daß nicht blos **eadem conditio personarum**, sondern, da es sich um Concurrenz einer Delicts- und Quasidelicts-Klage handelt, selbst die nöthige objective Identität zu fehlen schien. Vollends unvereinbar würde sie mit der Ansicht sein, nach welcher noch im neuesten Römischen Recht die negative Function der **exceptio rei judicatae** die allein herrschende geblieben sein soll. Allein mit dieser Lehre lassen sich, wovon nachher auch noch ein Beispiel zu berühren sein wird, so mancherlei Erscheinungen der Quellen nicht in Einklang bringen[17]: daß mit ganz anderer Sicherheit aus unserer l. 6 §. 4 noch ein neuer Grund gegen dieselbe sich entnehmen läßt als man umgekehrt von ihr aus gegen unsere Auffassung jener Stelle argumentiren könnte.

Aber auch mit der Ansicht derer würde unsere Auslegung der l. 6 §. 4 im Widerstreit stehen, welche zwar die **exceptio rei judicatae** auch als Organ für die Realisirung des positiven Inhalts der Sentenz anerkennen, aber die rechtskräftige Feststellung ausdrücklich nur auf die streitigen Rechtsverhältnisse und Klagrechte als solche, nicht auf die behaupteten Thatsachen und einzelnen Rechtselemente beziehen. Denn wenn durch die Klage z. B. gegen den angeblichen Thäter nur

---

17) Es genügt hier zu verweisen auf: Krüger Processual. Consumtion S. 136 fg. u. 199 fg. u. Bethmann-Hollweg Röm. Civilproceß Bd. 2, S. 636 fg.

ganz allgemein „daß er rechtlich nicht hafte" als festgestellt gälte: so würde ja aus dieser feststehenden Thatsache durchaus nicht auch die Nichtexistenz einer obligatio des nauta oder caupo folgen. Keineswegs nämlich ist die prätorische Obligation in dem Abhängigkeitsverhältniß zur civilen, daß sie mit ihr stehen und fallen müßte. Vielmehr besteht z. B., um nur die aus den Quellen ausdrücklich zu belegenden Fälle zu nennen, die Verpflichtung des Principals ruhig fort, wenn die des Thäters durch seinen Tod erloschen ist (l. 7 §. 4 D. h. t. 4, 9); ferner kann z. B. die actio legis Aquiliae gegen den Thäter längst durch Verjährung weggefallen sein, während der Principal noch wirksam belangt werden kann (l. 7 §. 6 D. h. t. vgl. l. 3 §. 4 eod.). Wenn daher in unserer l. 6 §. 4 durch die absolutio auf eine Klage auch die andere als beseitigt erklärt wird: so ist es klar, daß diese Freisprechung nicht als eine ab actione et obligatione schlechthin, sondern als auf die rechtliche Thatfrage nach der Begehung des Delicts bezogen gedacht wird, da nur, wenn diese Thatfrage als solche zu Gunsten des Beschuldigten überhaupt rechtskräftig erledigt ist, der Wegfall auch der andern Klage logisch sich ergibt. Sollte also z. B. der Kläger nur nach dem edictum divi Marci wegen verbotener Selbsthülfe mit seiner Klage gegen den nauta abgewiesen sein: so würde der Erhebung eines neuen Rechtsstreits wegen desselben Delicts wider den Thäter selbst ebenso wenig etwas im Wege stehen können, wie in dem Fall, wo der condemnirte Principal mit der cedirten Delictsklage gegen den Thäter Regreß nimmt.

Wir berühren hier eine Streitfrage, in die wir ihrem vollen Umfange nach in diesem Zusammenhange offenbar nicht eingehen können. Auch ist solches Eingehen wohl um so weniger nöthig, als von der gegnerischen Seite selbst her verschiedentlich die Möglichkeit berücksichtigt wird [18]), daß bei actiones in fa-

18) S. Puchta Einfluß des Processes I, S. 293; nam. Krüger a. a. O. S. 191, der denn aber gewiß irrig (S. 216) die von ihm angenommene eigenthümliche Gestaltung der Rechtskraft bei den in factum actiones als für das heutige Recht weggefallen betrachtet. Vgl. dazu Thon in der Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 2 (1863) S. 304 fg.

ctum, wovon wir gerade in unserem Fall eine Anwendung haben[19]), besondere Sätze gegolten hätten. Und nahe genug liegt ja auch die Annahme: daß wenigstens da, wo die einzelnen thatsächlichen Elemente des Rechtsstreits ausdrücklich und direct als wesentlicher Gegenstand der Untersuchung dem judex vorgeschrieben wurden, auch sie es waren, die durch die Entscheidung in Rechtskraft erwuchsen.

Ist daher der anscheinende Widerspruch unserer Stelle, wenn man sie auf die Rechtskraft bezieht, mit jener obigen Lehre wirklich begründet: so wird es auch hier wieder eher berechtigt sein, von unserem Standpunkte aus eine neue Einwendung gegen die volle Richtigkeit der gegnerischen Behauptungen zu erheben.

Es bleibt noch das letzte und erheblichste Bedenken zu betrachten, welches von der strengen Betonung des Satzes „res judicata facit jus inter partes" hergenommen werden könnte. Diese Regel leidet doch aber manche auf der besonderen Natur der einschlagenden Rechtsverhältnisse beruhende Ausnahmen. Und wenigstens Eine wird sich mit der von uns angenommenen auf den nämlichen allgemeinen Grundgedanken zurückführen lassen. Sie ist freilich, bisher isolirt aufgefaßt, neuerdings selbst ganz weggeläugnet worden[20]). Entscheidend sind die kurzen Worte des Pomponius (l. 42 §. 3 D. 12, 2 de jurej.): „Item si reus juravit, fidejussor tutus fit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret".

Man hat gesagt: Pomponius habe hier lediglich die befreiende Wirkung der Litiscontestation im Auge und nenne statt deren das Urtheil nur, um eine größere Aehnlichkeit mit dem abgeleisteten liberatorischen Eide zu erzielen. Ebenso muß auch noch v. Bethmann-Hollweg diese Stelle auf-

19) So wenigstens bei der Entscheidung, von welcher Paulus ausgeht. Er nimmt denn freilich umgekehrt das Gleiche auch dann an, wenn zuerst gegen den Thäter geklagt war. Allein auch bei dieser Klage wurde doch das concrete Delict ausdrücklich als nächster Gegenstand des Streites in der intentio bezeichnet.

20) Nam. von Kuntze die Obligation ꝛc. S. 213 und Fitting Correalobl. S. 71.

fassen, indem er die vom Hauptschuldner erstrittene exceptio rei judicatae in ihrer positiven Function dem Bürgen nur gibt, insofern sonst durch den Regreß des letzteren dem Erfolg nach doch der Hauptschuldner haften würde [21]).

Daß aber Pomponius hier, wo er umgekehrt auch aus der Person des Bürgen dem Hauptschuldner die exc. rei judicatae zuspricht, wirklich deren positive Function im Sinne hat [22]), folgt doch bei unbefangener Betrachtung einfach daraus: daß nur, wenn auf den Inhalt des Urtheils es ankommt, die Analogie des Eides überhaupt zutrifft. Auch würden ja, vom gegnerischen Standpunkte aus betrachtet, die Worte „secundum alterutrum eorum" als vollkommen überflüssig und irreführend erscheinen, da die processualische Consumtion auch bei einer dem Erstbelangten ungünstigen Entscheidung gleichmäßig dem Andern zu Gute kommen würde. Pomponius hätte sophistisch eine ganz irrelevante Voraussetzung aufgenommen, um den blosen Schein einer vollständigen Aehnlichkeit herbeizuführen.

Die volle Aehnlichkeit kommt aber rein zum Ausdruck namentlich in dem damals so häufigen Falle einer fidejussio auf „id quod a debitore servari non potuisset" [23]). Hier kann, da nicht „idem" geschuldet wird, nach der Belangung des Hauptschuldners nur von der positiven Function der exc. rei jud. zu Gunsten des Bürgen die Rede sein. Und ebenso umgekehrt, wenn in Folge damaliger Unzugänglichkeit des Hauptschuldners einmal zuerst gegen den Bürgen geklagt war.

Man könnte hiermit etwa noch widerstreitend finden die l. 52 §. 3 D. de fidej. 46, 1 (Papinian.): „Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta". Seit Ribbentrop (Correal-

21) Röm. Civilproc. II, §. 111 S. 651 sub 1.

22) So auch Krüger Consumtion §. 25 Anm. 15 S. 200. Ribbentrop Correalobl. S. 263 betrachtete dies noch als „sich von selbst verstehend".

23) S. nam. l. 7 D. 27, 7 de fidej. et nominat.; andere Citate bei Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 101. Anm. 80.

Obl. S. 265 fg.) pflegt man ja wirklich auf sie den Satz zu gründen, daß nur wenn die mehreren Schuldner zugleich eigentliche correi seien, sie auf das für einen Mitschuldner gesprochene absolutorische Urtheil sich berufen könnten; während wie früher Donellus so neuerdings wieder namentlich Fitting (Correal-Obl. S. 254 Anm. 264) darin bestätigt findet, daß solche „res inter alios acta" überhaupt den Mitschuldnern (selbst als wahren correi) nicht zu Gute komme.

Bei genauerer Betrachtung ergibt sich aber leicht und sicher: daß der Fall der l. 52 §. 3 von den beiden, die wir vorhin als einander analog bezeichneten, gerade auch für unsere Frage juristisch ganz wesentlich verschieden ist. Diese letzteren beiden haben die gemeinsame Voraussetzung: daß Eine juristische Thatsache über den zunächst davon Berührten hinaus durch Vermittelung eines accessorischen Momentes ihre obligirende Wirkung auf einen Andern erstrecken soll. Hier nun wirkt die rechtskräftige Feststellung der Nichtexistenz des Hauptmomentes hin und her auch zum Vortheil des Andern.

Beim mandatum qualificatum aber ist der obligirende Ausgangspunkt das Versprechen der Schadloshaltung für den Fall der Vollziehung des Auftrags. Und wenn in Folge ungenauer Bezeichnung durch den Mandanten das Geld in falsche Hände gelangte und verloren ging: so würde hier auch ohne alle Existenz einer Darlehensobligation die actio mandati contraria auf Schadensersatz möglich sein[24]). Und wenn ferner zwar das gewollte Darlehen zu Stande kam, der Darleiher aber wegen nicht geführten Beweises abgewiesen wurde: so erschiene auch hier die Regreßklage gegen den Mandanten an sich immer noch zulässig, im Erfolg freilich davon abhängig, daß nicht der Mandant dem Mandatar eine culpa in Verschaffung, eventuell in Conservirung und Verwendung der Beweismittel mit Fug vorwerfen kann. Solcher Proceßverlust kann ja dann nicht mit einem unberechenbaren casus, wie wenn z. B. der Mandatar auf der übernommenen Reise von Räubern ausgeplündert wäre, auf eine Linie gestellt werden. Vielmehr fällt hier, wie das Risico einer späteren Insolvenz des Empfängers, ebenso

24) Irrig, scheint es, Girtanner Bürgschaft S. 541 fg.

auch die mit einer etwa erforderlichen processualischen Verfolgung verbundene Gefahr in das Gebiet der vom Mandanten übernommenen Schadloshaltung hinein. Dies Letztere wird auch als Auffassung Papinians durch l. 95 §. 11 D. 46, 3 de solut.[25]) klar bewiesen.

Wenn danach die der Darlehensklage gegenüber erstrittene exceptio rei judicatae als solche dem Mandanten nicht zu Gute kommt: so versteht es sich, daß auch im umgekehrten Fall das Gleiche gilt. In dem scheinbar einheitlichen Thatbestand handelt es sich doch auch um zwei juristisch ganz verschiedene, von einander unabhängige Beziehungen und Fragen. Endlich, wenn die vom Mandanten erstrittene exc. r. j. dem Hauptschuldner nicht nützt: so folgt wieder um so mehr, was die l. 52 §. 3 cit. unmittelbar einzig ausspricht, daß sie auch einem andern Mandanten nicht zustehen kann.

Von dem Princip aber, das wir so zur Genüge abgegrenzt und gegen Einwände gesichert haben werden, wird sich auch sonst nicht selten Anwendung machen lassen. Wir erinnern nur an zwei Fälle. Es wird allgemein anerkannt, daß der Staat aus dem Verschulden seiner Beamten unter gewissen Voraussetzungen haftet. Ist hier in dem Proceß gegen den einen anerkannt, daß eine culpa nicht vorliege: so macht das auch ohne Weiteres Recht zu Gunsten des andern. Ferner findet sich in den neueren Seerechten der Satz, daß im Fall schuldhaften Uebersegelns auch der Rheder in gewisser Weise haftet[26]). Auch hier würde das Gleiche gelten.

Hingegen in den gewöhnlichen Fällen blos solidarischer Obligationen, z. B. auch bei der Haftung mehrerer Vormünder (Ribbentrop Correal-Obl. §. 9), ist die herrschende Lehre allerdings ganz richtig. Denn es wird hier doch Jeder aus seiner concreten eignen culpa belangt, und juristisch genommen streiten sie Alle über verschiedene ganz selbständige Obligationsgründe.

25) „Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat: cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere."

26) S. z. B. Seuffert's Archiv Bd. 18 (1865) Nr. 248 S. 392 fg.